

# La fiducia ‘in trasparenza’ nel nuovo codice dei contratti pubblici

Enrico Carloni

Università degli Studi di Perugia, Italia

**Abstract** The essay reflects on the principle of trust in the new Italian Public Contracts Code and its implications. In particular, it seeks to analyse the repercussions of the new principle, and the new ‘paradigm of trust’, and therefore questions the forms of transparency, accountability, and control consistent with the new model of public administration.

**Keywords** Public contracts. Principle of Trust. Transparency. Accountability. Responsibility. Controls.

**Sommario** 1 Premessa. – 2 La ‘novità’ del principio di fiducia. – 3 Oltre il paradigma sfiduciario. – 4 Fiducia, discrezionalità, risultato. – 5 La fiducia tra responsabilità e *accountability*. – 6 La fiducia ‘in trasparenza’ nel nuovo codice. – 7 Quale trasparenza e quale controllo.

## 1 Premessa

Riflettere sul principio della fiducia, che il nuovo codice pone tra i criteri portanti della nuova disciplina<sup>1</sup> e che riveste un ruolo strategico nelle coordinate di rilancio del *procurement* pubblico (che a

---

**1** Specificamente sui principi del nuovo codice, si veda ora l’ampio studio della scuola napoletana, Calabrò et al., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*. Cf. tra gli altri Macchia, «Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti», specialmente pp. 5-12; Giustiniani, Paccione, «I principi della nuova contrattualistica pubblica: una riforma per un cambio di prospettiva»; Caranta, «I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici»; Ramajoli, «I principi generali».

sua volta è la sfida e la scommessa decisiva della riforma del 2023), è centrale per comprendere le traiettorie di sviluppo del sistema amministrativo. E lo è tanto più se ci poniamo dal punto di osservazione delle esigenze di anticorruzione e trasparenza che sono state il baricentro delle riforme di pochi anni addietro.<sup>2</sup>

In effetti questo discorso si colloca precisamente al mutare delle maree, e il passaggio da un codice 'guardiano' a un codice 'volano'<sup>3</sup> è una delle chiavi di lettura proposte per interpretare questa transizione. Un approccio che tradisce un rinnegamento (quello del 'vecchio' codice del 2016, criticato oramai apertamente al di là dei suoi demeriti),<sup>4</sup> e forse un eccesso di ottimismo nei confronti di un'amministrazione che non è, oggi, diversa da quella di ieri.

Pure in assenza di un convinto intervento sulla qualità delle amministrazioni, che forse era il presupposto necessario e preliminare, il codice dei contratti del 2023 ci propone, con una prospettiva che va anche al di là del solo campo degli appalti pubblici ma che interessa l'amministrazione nel suo complesso, un'idea diversa di pubblica amministrazione. Un'amministrazione meritevole di fiducia, e grazie a questa fiducia in grado di uscire dalla spirale viziosa della responsabilizzazione e della connessa 'paura della firma'.

L'investimento che il sistema fa sulla nuova disciplina e non meno il bisogno di stabilizzare un quadro normativo il cui incessante cambiamento è stato di per sé uno dei principali problemi del sistema,<sup>5</sup> impongono di prendere sul serio la 'scommessa' del nuovo codice: si tratta allora di riflettere a fondo sulla portata di affermazioni come quelle che ricaviamo dai primi articoli del codice dei contratti, e che ritroviamo nella trama complessiva della nuova disciplina. È dunque 'con fiducia', che è un atteggiamento positivo di attesa e di presa sul serio del nuovo codice dei contratti (il secondo nell'arco di sette anni, il terzo in meno di un ventennio), che ci confrontiamo con un impianto normativo che auspichiamo possa dispiegare appieno le sue potenzialità e consentire di sviluppare l'attività delle amministrazioni in un arco di tempo ragionevole e senza costanti cambiamenti.

---

**2** Più diffusamente, ci sia consentito rinviare, per uno sviluppo più articolato di queste riflessioni, a Carloni, «Verso il paradigma fiduciario? Il principio di fiducia nel nuovo Codice dei contratti e le sue implicazioni». Cf. Spagnuolo Vigorita, «La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici», 271 ss.; Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici».

**3** Così in Istituto Jemolo, *Il nuovo Codice degli appalti*.

**4** Si veda Carloni, «L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR», 641 ss.; cf. Massera, Merloni, «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici», 587 ss.

**5** Cf. ad esempio Massera, Merloni, «L'eterno cantiere del codice dei contratti pubblici», 587 ss.

Questo atteggiamento di attesa e apertura, con il quale ci poniamo di fronte alla riforma mostra una fiducia che, utilizzando i termini anglosassoni, potremmo tradurre come *trust*, a intendere un atteggiamento positivo nell'incertezza. Una diversa espressione può essere utilizzata per tradurre lo stesso termine, *confidence*, cioè la fiducia che riponiamo su qualcosa avendola apprezzata nell'esperienza. La fiducia è infatti un atteggiamento ottimistico aperto al futuro, ma già ponendoci di fronte alla disciplina dei contratti pubblici ci è chiaro che questo atteggiamento dipende più da *trust* che da *confidence*.<sup>6</sup>

Detto in altri termini, la fiducia rischia, con la sua affermazione per via legislativa, di proporsi come una sorta di 'succedaneo della credibilità': «la fiducia è complementare alla credibilità, nel senso che maggiore è la credibilità, minore è la necessità di avere fiducia e viceversa».<sup>7</sup> La fiducia non può però ridursi a una affermazione normativa: deve essere una condizione effettiva, anche se intesa nei termini soggettivi del *trust*; deve essere una fiducia che trova conferma nell'esperienza e diventa *confidence*. Deve essere legata a condizioni complessive, organizzative e di contesto, di sistema, che lo rendono meritevole di fiducia in quanto affidabile.<sup>8</sup>

Queste sfumature terminologiche sono interessanti, in ogni caso, perché ci consentono di cominciare ad apprezzare la complessità intrinseca del principio di fiducia, e qualche possibile controindicazione.

## 2 La 'novità' del principio di fiducia

Il tema della fiducia è un tema centrale nel diritto che, tutto sommato, pratichiamo e conosciamo poco, tanto che alcuni commentatori, nel porsi di fronte al nuovo codice dei contratti, affermano che il principio di fiducia è 'nuovo', persino 'ignoto',<sup>9</sup> per il sistema.<sup>10</sup> Più

---

<sup>6</sup> Si veda Noteboom, *Trust*, specialmente pp. 55-6, che evidenziano come quella nelle istituzioni sia più spesso *confidence* (aspettativa frutto dell'esperienza) che *trust* (come atteggiamento positivo legato alle aspettative formulate in condizioni di incertezza).

<sup>7</sup> Cf. Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici».

<sup>8</sup> Si veda di nuovo Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici», che nel cercare le radici della nozione di fiducia riflette sulla differenza tra *trust* e *trustworthiness*, un concetto presente negli studi sui sistemi esperti (a intendere con questo termine le «astratte capacità sistemiche, le quali vengono accettate come forma di fede su un probabile esito positivo delle operazioni del sistema valutato sotto un profilo funzionale»).

<sup>9</sup> Per Napolitano, «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali», 287, si tratta di un «termine ignoto (e fondamentalmente estraneo) alla tradizione del diritto amministrativo e qui impiegato non in senso tecnico, ma nel significato suggerito dal linguaggio comune».

<sup>10</sup> Originale non solo dal punto di vista del *procurement* pubblico: sin qui, in effetti, «nella progettazione, disciplina e attuazione delle riforme è mancato un ingrediente fondamentale: la 'fiducia'» (Pioggia, Alici, «Prefazione», 10).

spesso declinata nella diversa forma dell'affidamento (che troviamo richiamato come distinto principio generale nel codice dei contratti<sup>11</sup> e ora anche nella legge sul procedimento,<sup>12</sup> ma che soprattutto regge come principio generale di diritto civile l'azione negoziale anche dell'amministrazione e lo stesso rapporto amministrativo),<sup>13</sup> l'esigenza di riconoscere valore alla *fides* è in ogni caso ampiamente presente nelle trame dell'ordinamento.

Quelle della fiducia sono radici meritano di essere ricercare anche perché mostrano la profondità e l'immanenza di principio nello stesso disegno costituzionale; è però vero che il nuovo codice ci pone di fronte a un principio che è sicuramente originale rispetto alla tradizione della materia, che delinea un paradigma non solo diverso ma addirittura opposto rispetto a quello che ha sin qui accompagnato il campo dei contratti pubblici. E questo non solo nella più recente stagione aperta dalla legge anticorruzione e dalla riforma del 2014 che ha collegato intimamente, anzitutto in termini organizzativi, anticorruzione e *procurement* pubblico.

In base al 'principio della fiducia', sancito dall'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, «l'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici».<sup>14</sup> Ed è la fiducia, come spazio di manovra riservato al funzionario e all'amministrazione nella prospettiva del risultato, a legittimare dunque l'accresciuta discrezionalità, che è una delle scelte fondamentali del nuovo codice. Ai sensi del successivo comma 2, infatti, «il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato».

---

**11** Art. 5, recante Principi di buona fede e di tutela dell'affidamento. Si veda in particolare il c. 1, «nella procedura di gara le stazioni appaltanti, gli enti concedenti e gli operatori economici si comportano reciprocamente nel rispetto dei principi di buona fede e di tutela dell'affidamento».

**12** Cf. art. 1, c. 2-bis, l. 241/1990: «i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede» (comma aggiunto dall'art. 12, comma 1, lettera 0a), legge n. 120 del 2020). Sul punto cf. specialmente Bartolini, Fantini, «I principi di buona fede e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo», 12 ss.; Torricelli, «Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale», 29 ss.

**13** Si veda in questo senso, per tutti, da ultimo Mannucci, *L'affidamento nel rapporto amministrativo*; si veda anche, con riflessioni che precedono il codice ma ne anticipano, riflettendo anzitutto sui principi e criteri della delega, alcune traiettorie, Racca, «L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici», 201 ss.

**14** Così il c. 1 dell'art. 2, d.lgs. n. 36 del 2023.

Nel suo libro sulla legge della fiducia, Tommaso Greco ci segnala che la fiducia «attende un suo spazio all'interno del diritto e nel farlo reclama un suo diritto».<sup>15</sup> Ed è uno spunto del quale sembra voler tenere conto il Consiglio di Stato nell'elaborare la nuova disciplina della materia dei contratti pubblici: il codice del 2023, innovando rispetto alla tradizione e muovendosi con ampia libertà rispetto alla delega che ne è all'origine e allo spartito sancito dalle direttive del 2014, ci propone una nuova idea del diritto dei contratti pubblici appunto come diritto della fiducia. Si tratta di provare ad accogliere questo approccio, e quindi riflettere sulle implicazioni che derivano dal modello che ci propone il codice del 2023 rispetto alla tradizione.

### 3 Oltre il paradigma sfiduciario

Una tradizione nella quale, utilizzando di nuovo l'espressione di Greco, il «paradigma fiduciario», cioè l'atteggiamento positivo (come dice il codice dei contratti: il fatto di riporre fiducia sull'azione corretta e legittima dell'amministrazione e degli operatori economici) è assente, perché l'impianto normativo italiano del *procurement* vive piuttosto, per almeno un secolo, nell'opposto paradigma sfiduciario. Una sfiducia che si legava non solo all'idea di un'amministrazione suscettibile di essere corrotta, o più spesso ritenuta incapace, ma anche a quella (collegata alla prima) di operatori economici in grado di far prevalere i propri interessi su quelli pubblici, non adeguatamente tutelati dall'amministrazione vista come parte debole nella contrattazione (e questo a fronte de «il ceto degli appaltatori, sempre astutissimo»<sup>16</sup> da cui andava protetta).

Nella costruzione dell'impianto normativo, secondo coordinate diffuse ma specificamente presenti nel campo dei contratti pubblici, nel quale la sfiducia non discende solo dalla cattiva amministrazione, ma anche dalla limitata capacità dell'amministrazione, la densità del quadro regolatorio assume la funzione specifica di proteggere l'amministrazione e gli interessi (alla qualità della spesa pubblica, all'integrità, alla concorrenza tra gli operatori economici) via via assunti come rilevanti. Il codice del 2016 (superato forse troppo presto, senza consentirgli di essere adeguatamente testato e implementato: vale la pena di ricordare che già a inizio 2019 si è avviata la stagione di messa in discussione di quell'impianto normativo) era un codice che

---

<sup>15</sup> Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, VII. Su questo volume, cf. ad esempio Piroso, «Le ragioni della fiducia».

<sup>16</sup> Cf. in questo senso i passi citati in Fantini, Simonetti, *Le basi del diritto dei contratti pubblici*, 7; Racca, *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, specialmente p. 180.

provava a sviluppare una via intermedia, cioè una via di discrezionalità guidata, con funzione tutoria dell'Autorità nazionale anticorruzione (Anac): in un approccio nel quale un'amministrazione ancora vista con sfiducia poteva essere guidata (attraverso, in particolare, la soluzione delle linee guida non vincolanti). Una strategia che intendeva condurre progressivamente l'amministrazione ad acquisire maggiore capacità nella gestione di procedure anche complesse, guidandola attraverso buone pratiche, con linee guida che però sono state interpretate in modo formalistico e prescrittivo da tutti gli attori del sistema: autorità, giudice amministrativo e amministrazione.

In esito a questo percorso, il codice del 2016 si è rapidamente irrigidito e ossificato: questo anzitutto perché nessuno degli operatori e degli attori del settore ha creduto in questa strategia, presto superata, e ha dato fiducia all'amministrazione e alla sua capacità. La stessa amministrazione non si è presa gli spazi di discrezionalità che il modello pure le consentiva di esplorare, preferendo farsi guidare minuziosamente dalle indicazioni dell'Anac. Ecco allora il mutare della strategia, e l'ambizione del nuovo codice dei contratti, la sua scommessa, di passare dalla logica della sfiducia a quella, opposta, di una fiducia orientata al risultato.

Si tratta, è evidente, di una scelta sfidante, per il legislatore e per la stessa amministrazione. Si propone infatti un modello radicalmente diverso, che si orienta a riconoscere una apertura di fiducia ad amministrazioni molto diverse, con standard di efficienza e condizioni di integrità molto diverse, in un Paese molto lungo che presenta (ad esempio, e stando alle indagini dell'Università di Göteborg) la maggiore varianza in termini di corruzione (con aree territoriali che presentano dati in linea con Paesi scandinavi, e aree con dati tra i peggiori nel complessivo panorama europeo). Se consideriamo anche il fatto che ci troviamo in un momento di particolare intensità di investimenti, è chiara la portata della scommessa del codice. Pur non sottacendo questi possibili risvolti problematici, la scelta obbligata resta quella di accompagnare, e vedere, questa scommessa, immaginando che possa essere un modello destinato a durare e quindi da prendere sul serio.

#### **4      Fiducia, discrezionalità, risultato**

Il riconoscimento di maggiori spazi di discrezionalità ai funzionari e alle amministrazioni è d'altra parte coerente con l'approccio europeo, così come disegnato dalle direttive del 2014. Quella prospettata dal codice è però una discrezionalità in parte diversa: non si tratta tanto di costruire le condizioni di flessibilità che consentano alle amministrazioni di perseguire finalità multiple e complesse e quindi non predefinibili a priori, quanto piuttosto di riconoscere uno spazio di manovra orientato al raggiungimento del risultato.

L'atteggiamento complessivo della disciplina del *procurement* rispetto alla discrezionalità muta dunque profondamente: da una discrezionalità vista con sospetto,<sup>17</sup> se non rigidamente contenuta, a una discrezionalità vista come necessario e utile corollario del principio di risultato.

Risultato,<sup>18</sup> fiducia (e apertura al mercato) sono i criteri interpretativi che guidano il sistema. Rispetto a un testo che era difficile leggere e per interpretare il quale non era semplice trovare chiavi complessive,<sup>19</sup> possibili piuttosto per singoli istituti, il nuovo codice offre criteri generali posti in gerarchia.

La gerarchia dei principi,<sup>20</sup> non una serie di principi affastellati uno all'altro e a volte in contraddizione tra loro, ma principi che riescono ad avere una portata precettiva, si pongono infatti come guida per interpretare i diversi istituti e si pongono tra di loro in un ordine gerarchico.

Risultato e fiducia non solo si pongono al vertice del nuovo sistema, ma si supportano l'un l'altra, trattandosi di principi non antitetici ma complementari; mentre il principio di accesso al mercato (*rectius* di concorrenza)<sup>21</sup> potrebbe entrare in contraddizione con i primi principi e in particolare con il principio del risultato (si potrebbero, in altri termini, percorrere soluzioni che limitano la concorrenza in quanto più funzionali al risultato), questa possibile contraddizione non

**17** In particolare, sulla discrezionalità come 'problema' cf. Vannucci, «Il lato oscuro della discrezionalità», 265 ss.; cf. anche a Mattarella, «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione»; Fidone, «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici», 325 ss.

**18** Spasiano, «Codificazione di principio e rilevanza del risultato», 49 ss.; Perongini, «Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici»; Cintioli, «Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici».

**19** Cf., sul vecchio impianto, ad esempio Cafagno, Fari, «I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)», 202 ss.

**20** Specificamente sui principi del nuovo codice, si veda ora l'ampio studio della scuola napoletana, Calabrò et al., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*. Tra i commentari che analizzano il nuovo codice, si veda in materia ad esempio Perfetti, *Codice dei contratti pubblici commentato*; Caringella, Giustiniani, Napoleone, *I nuovi contratti pubblici*; Corradino, *La riforma dei contratti pubblici*; Fantini, Simonetti, *Il nuovo corso dei contratti pubblici*. Cf. in questo senso, e in particolare sull'assenza di una gerarchia nel vecchio impianto, ad esempio, Perfetti, «Sul nuovo Codice dei contratti pubblici», 7: «i principi che dovrebbero ordinare la materia sono (non occasionalmente) in conflitto tra di loro»; Caranta, «I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici», 1950, evidenzia come nel vecchio Codice l'elencazione di principi fosse presente, ma come «mera elencazione di principi, a mo' di litania».

**21** Concorrenza che esce quindi, secondo lo stesso Consiglio di Stato (*Relazione agli articoli e agli allegati*, si veda in particolare p. 13), 'demitizzata': una prospettiva che emerge dal testo del nuovo codice ed è esplicitata nella relazione e dallo stesso testo del codice, ma è chiaramente un aspetto critico rispetto ai principi di matrice europea che continuano a disciplinare l'intero sistema del *procurement* pubblico.

emerge tra fiducia e risultato. La fiducia, infatti, come bene evidenzia Ursi, «rappresenta il necessario requisito del contesto organizzativo, prima, e ambientale, dopo, su cui incardinare il primato del risultato».<sup>22</sup>

Alla luce di questi principi saranno da interpretare i diversi istituti e sarà da osservare come il giudice amministrativo darà seguito a questi principi nell'interpretare istituti come il *favor participationis*; la *par condicio* dei concorrenti; il soccorso istruttorio; il peso da riconoscere al bando come *lex specialis* e così via... in un'ottica orientata al risultato. Si tratta quindi di nuovi principi in cui l'idea fondamentale è che l'amministrazione deve produrre un risultato che attiene all'affidamento ma soprattutto all'esecuzione del contratto, in una logica di amministrazione di risultato proiettata più sull'*output* che non sulla procedura: un'idea radicalmente nuova ma che l'ordinamento percorre da tempo.

Ci sono tante riforme che possiamo osservare in passato, che hanno cercato di introdurre una logica di risultato e abbiamo l'esperienza sufficiente per dire che molto spesso le amministrazioni hanno riletto in termini formalistici la tensione al risultato. Pensiamo al tema delle performance e alla valutazione della dirigenza, per riflettere su come sia difficile che, una volta affidata all'amministrazione, la prospettiva del risultato diventi davvero premiante rispetto alla logica di tipo procedurale.<sup>23</sup>

## 5 La fiducia tra responsabilità e accountability

Il concetto di fiducia, seppure originale nel campo del *procurement* e contro-paradigmatico rispetto alla tradizione della materia, non può dirsi un principio nuovo in termini complessivi, cosicché la sua novità va circoscritta al campo degli appalti e forse, in termini più complessivi, all'azione dei funzionari e delle amministrazioni pubbliche. Quella di fiducia è in effetti una nozione, non ultimo, implicitamente presente nell'idea costituzionale di un'amministrazione che attraverso la ripartizione di competenze assicura la cura effettiva tramite i suoi funzionari dei bisogni e degli interessi a essa affidati dalla legge.<sup>24</sup> La nozione di 'affidamento' di cui parla l'art. 54 Cost., in ef-

---

<sup>22</sup> Ursi, «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici», 14.

<sup>23</sup> Cf. Ursi, *Le stagioni dell'efficienza*, passim.

<sup>24</sup> Cf. in questo senso ad esempio Iaria, «I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato», 20: «[L]a fiducia intesa come attribuzione 'convinta' di poteri pubblici non sembra proprio un nuovo principio generale; si tratta di una ovvia declinazione di altri principi quali quelli costituzionali, espressi o impliciti, come il principio di legalità oppure del principio pubblicistico del rapporto organico in base al quale il funzionario quando agisce incarna lui stesso il potere amministrativo e quindi non può esservi a livello ordinamentale sfiducia nel potere amministrativo».



fetti, rimanda a un'accezione di *fides* che è particolarmente ampia e coinvolge l'idea di una apertura di fiducia cui corrisponde un impegno personale. Nel parlare dell'esercizio di funzioni pubbliche, non sembra dunque fare riferimento tanto al principio di tutela dell'affidamento (e quindi di 'legittimo affidamento'), quanto piuttosto alla costruzione di un rapporto che va dalla fiducia alla responsabilità. Alla *fides* si lega dunque il dovere di esercitare la fiducia attribuita con disciplina e onore.

In termini più complessivi, da queste indicazioni possiamo ricavare l'idea (che peraltro è l'unica coerente con il disegno costituzionale di amministrazione) che la fiducia non è il cieco affidamento, ma è qualcosa che impegna colui il quale si vede affidata fiducia. In altri termini, la fiducia (è da intendersi) come dice l'espressione anglosassone «public office is public trust»: l'attribuzione di un potere comporta il dovere di esercitare quel potere nell'interesse del cittadino, cioè la fiducia è qualcosa che va mantenuto, confermato ed è quindi qualcosa che l'amministrazione e il funzionario devono curare e cui devono prestare attenzione. In termini complessivi possiamo dire che disporre di fiducia non significa disporre di uno spazio libero entro cui si fa ciò che si vuole, ma significa dover corrispondere a questa fiducia confermando il rapporto di fiducia e in questo senso la trasparenza emerge come condizione che permette il mantenimento del rapporto di fiducia.

Anche a tenore della formulazione contenuta nell'art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023, si può dire che la fiducia fonda il potere ed è condizione per l'esercizio del potere, un potere che non è quindi irresponsabile, ma proprio perché fiduciario deve essere esercitato nell'interesse dei cittadini.

La questione non va posta quindi tanto all'interno delle coordinate della responsabilità personali come conseguenze che derivano da violazioni o da danni: per quanto il codice dei contratti si soffermi su questa prospettiva, nel definire una sorta di ribaltamento dell'onere della prova e nel tentare di ammorbidire, in modo però poco convincente, le responsabilità che gravano sul funzionario pubblico (in particolare di fronte al giudice contabile), la questione rischia di essere contraddittoria e controproducente se colta in questa prospettiva.

La fiducia, va colta piuttosto nelle coordinate della *accountability*: si coniuga con un dovere di rendere conto, come spiega bene di nuovo l'art. 2 quando collega fiducia e *trasparenza*. Ed è su questo piano, quello della responsabilità-*accountability*, che va posto il discorso intorno alle conseguenze del paradigma fiduciario.

## 6 La fiducia 'in trasparenza' nel nuovo codice

La questione può essere colta riflettendo sul rapporto con la trasparenza.

Il disegno che ci consegna la riforma è quello di un'amministrazione che dispone di maggiori spazi di discrezionalità ed è, meno di prima, regolata da una prospettiva procedurale. Un'amministrazione maggiormente orientata al risultato e meno vincolata, ma anche meno garantita, dalle procedure. Un'amministrazione che opera in modo più discrezionale ma che nel farlo è inevitabilmente più esposta, in quanto meno guidata da riferimenti (siano essi legislativi, regolamentari, o contenuti in linee guida).

Non è buono ciò che è frutto di una procedura costruita per essere buona, ma è buono ciò che è frutto di un'amministrazione capace di esercitare bene la sua discrezionalità, e quindi di ben orientandosi alla cura del bene comune. Dobbiamo quindi uscire da una logica tipicamente procedurale per orientarci a una logica maggiormente sostanziale, e in questo ci sfidano tante riforme, non ultima quella sul piano integrato con orizzonte di valore pubblico.

In questa prospettiva, allora, come assicurare che questa libertà che riconosciamo all'amministrazione non divenga, da un lato, arbitrio e dall'altro non possa spaventare l'amministrazione e farla rifugiare di nuovo nelle procedure e nel formalismo? La prospettiva è quella di un ruolo centrale della trasparenza e di una, connessa, diversa declinazione dell'idea stessa di controllo sull'amministrazione.

A prendere sul serio il nuovo codice dei contratti deve cambiare, in questo specifico contesto e forse con ricadute più ampie, il nostro rapporto con la trasparenza. La trasparenza delle riforme del decennio che abbiamo alle spalle è orientata al controllo diffuso sull'amministrazione, un controllo intanto di cattiva amministrazione<sup>25</sup> e un controllo che forse si inseriva ancora dentro un paradigma sfiduciario.

Byung Chul Han sostiene che la trasparenza è di per sé contrario della fiducia, perché presuppone un controllo, mentre la fiducia presupporrebbe il fatto di non dover controllare. Questo vale sicuramente nei rapporti personali, ma nel sistema pubblico la trasparenza è qualcosa di cui abbiamo assoluto bisogno per confermare quotidianamente la fiducia che riponiamo nelle istituzioni e l'amministrazione non può pensare di non agire in modo trasparente quando opera nello spazio apertole dal principio fiduciario, come riconosce lo stesso art. 2 del d.lgs. n. 36 del 2023.

La fiducia richiede trasparenza, ma la trasparenza non può però essere controllo costante e puntuale, continuo monitoraggio e messa

---

<sup>25</sup> Cf. ad esempio Carloni, «Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione», 497 ss.

in discussione di ogni movimento. È dunque forse una trasparenza diversa quella che suggerisce il paradigma della fiducia: una trasparenza che è sempre meno controllo sulla singola vicenda, sempre più controllo sull'andamento nel suo complesso, sull'attività del funzionario, dell'ufficio, dell'organo, dell'amministrazione. Secondo le categorizzazioni proposte da Abazi e Tauschinsky,<sup>26</sup> si può distinguere tra trasparenza *control-based* e trasparenza *trust-based*, operata quest'ultima in una logica di collaborazione, miglioramento continuo, confronto, più che non di diretta responsabilizzazione.

Da un lato, quindi, un approccio *control-based*, coerente con una limitazione della discrezionalità di amministrazioni chiamate essenzialmente a eseguire leggi dettagliate e vincolanti (e, quindi, si può dire, coerente con il vecchio codice); dall'altro un approccio fondato sul convincimento della bontà delle intenzioni delle amministrazioni e dei funzionari. Un approccio, quest'ultimo, che include «the tacit acceptance of vulnerability [in fact] trust relations are not about vulnerability, instead they are about cooperation, community and building strenght».<sup>27</sup>

In diverso contesto Antonio Brancasi,<sup>28</sup> nel parlare sulla trasparenza della contabilità pubblica, spiegava la trasparenza qui è rivolta non a contestare la singola spesa, ma a comprendere l'andamento dei costi e dei conti. Cioè di avere il controllo di come va la macchina.

I meccanismi di trasparenza e *accountability* non sono dunque, nel paradigma fiduciario, da intendere, in altri termini, come strumenti rivolti alla scoperta dell'errore, ma piuttosto vanno visti come condizione che favorisce la cooperazione, la collaborazione, il rafforzamento dell'azione pubblica.

## 7 Quale trasparenza e quale controllo

Una trasparenza di questo tipo può trovare, nel nuovo codice dei contratti, condizioni di contesto in grado di favorirla.

La piena digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici,<sup>29</sup> nei termini pure problematici di coinvolgere solo in parte gli affidamenti diretti (che coinvolgono ora la parte quantitativamente

---

<sup>26</sup> Abazi, Tauschinsky, «Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union», 78 ss.

<sup>27</sup> Abazi, Tauschinsky, «Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union», 85.

<sup>28</sup> Brancasi, «La contabilità come fonte di conoscibilità dei dati e preconditione di trasparenza».

<sup>29</sup> Sul rapporto tra (piena) digitalizzazione e buona amministrazione nella cornice del PNRR, cf. Ponti, «Le diverse declinazioni della 'Buona amministrazione' nel PNRR», 404 ss.

prevalente dei contratti pubblici), favorisce evidentemente una trasparenza come tracciabilità, attraverso la raccolta di dati conoscitivi relativamente a tutte le procedure di appalto. Attraverso questi elementi diviene possibile comprendere gli andamenti e capire quindi i tempi medi, gli scostamenti di costo, in una parola l'efficienza, delle diverse stazioni appaltanti. E attraverso questi dati diviene possibile confermare la fiducia in un certo ufficio, in una certa amministrazione, in un certo funzionario. La piena tracciabilità legata alla digitalizzazione permette di comprendere l'andamento dell'attività di *procurement*: è il vecchio discorso tra controllo come possibilità di individuare violazioni e quindi le necessarie risposte anche in termini di sanzione, o come fonte di conoscenza che permette di meglio indirizzare l'andamento.

Questa trasparenza fatta di indicatori, statistiche, verifica e valutazione degli andamenti, è diversa dalla trasparenza come controllo, ammette la discrezionalità, permette una verifica a distanza, assicura all'amministrazione la possibilità di dispiegare la propria azione e sviluppare le sue procedure rivolte al risultato.

Questa trasparenza, non verificando e controllando le singole attività, significa anche accettazione dell'errore, che è naturale precipitato di sperimentazioni e innovazione, ma è anche occasione di apprendimento e di miglioramento. In questi termini, può dirsi che il rapporto di fiducia non è smentito dall'errore, ma piuttosto reiterarsi dell'errore. In questo senso il paradigma fiduciario ci impone un diverso ragionamento sui paradigmi di trasparenza, nel senso che la trasparenza non può che continuare a essere trasparenza puntuale a tutela dell'interessato, non può che essere puntuale nelle forme dell'accesso civico e generalizzato in particolare, ma la nuova digitalizzazione ci consente una trasparenza che ora dovrà essere molto più di prima basata su indicatori, andamenti e sulla complessità dell'attività.

Questo ci permetterà di osservare l'amministrazione, osservarla alla giusta distanza e dare fiducia all'ente e al funzionario, trovando conferma giorno per giorno nel fatto che l'amministrazione sta corrispondendo con disciplina e onore alla fiducia affidata, e questo anche se una specifica vicenda contrattuale non è stata ottimale. Anche l'ossessione del risultato, d'altra parte, va riletta alla luce del principio di fiducia: accettare il paradigma fiduciario significa accettare anche che l'amministrazione possa mancare nel raggiungere il risultato.

## Bibliografia

- Abazi, V.; Tauschinsky, A. «Reasons of Control and Trust: Grounding the Public Need for Transparency in the European Union». *Utrecht Law Review*, 2, 2015, 78 ss.
- Bartolini, A.; Fantini, S. «I principi di buona fede e collaborazione nella legge sul procedimento amministrativo». *Rivista giuridica di urbanistica*, 1, 2022, 12 ss.
- Brancasi, A. «La contabilità come fonte di conoscibilità dei dati e precondizione di trasparenza». Merloni, F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*. Milano: Giuffrè, 2008, 69 ss.
- Cafagno, M.; Farì, A. «I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)». Clarich, M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2019, 201 ss.
- Calabrò, M. et al. *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023.
- Caranta, R. «I principi del nuovo Codice dei contratti pubblici». *Giurisprudenza Italiana*, 8-9, 2023, 1950 ss.
- Caringella, F.; Giustiniani, M.; Napoleone, A. *I nuovi contratti pubblici. Analisi ragionata del nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*. Roma: Dike, 2023.
- Carloni, E. «Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione». *Diritto amministrativo*, 3, 2019, 497 ss.
- Carloni, E. «L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR». *Diritto amministrativo*, 3, 2022, 631 ss.
- Carloni, E. «Verso il paradigma fiduciario? Il principio di fiducia nel nuovo Codice dei contratti e le sue implicazioni». *Diritto pubblico*, 1, 2024, 131 ss.
- Cintioli, F. «Il principio del risultato nel nuovo Codice dei contratti pubblici». *Giustizia-amministrativa*, 2023. <https://www.giustizia-amministrativa.it/-/cintioli-il-principio-del-risultato-nel-nuovo-codice-dei-contratti-pubblici>.
- Contessa, C.; Del Vecchio, P. *Codice dei contratti pubblici*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023.
- Corradino, M. *La riforma dei contratti pubblici*. Milano: Giuffrè, 2023.
- Fantini, S.; Simonetti, H. (a cura di). *Il nuovo corso dei contratti pubblici*. Piacenza: La Tribuna, 2023.
- Fantini, S.; Simonetti, H. *Le basi del diritto dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2024.
- Fidone, G. «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici». *Giornale Diritto amministrativo*, 3, 2015, 325 ss.
- Giustiniani, M.; Paccione, A. «I principi della nuova contrattualistica pubblica: una riforma per un cambio di prospettiva». Caringella, F.; Giustiniani, M.; Napoleone, A., *I nuovi contratti pubblici*. Roma: Dike, 2024, 1 ss.
- Greco, T. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma; Bari, Laterza, 2021.
- Iaria, D. «I super principi generali: risultato, fiducia e accesso al mercato». Cartei, G.F.; Iaria, D. (a cura di), *Commentario al nuovo Codice dei contratti*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023, 19 ss.
- Istituto Jemolo, *Il nuovo Codice degli appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal Codice guardiano al Codice volano? = Atti di Convegno* (Roma, 27 gennaio 2023) [ora in Pellegrino, G. (a cura di), *Il nuovo Codice degli*

- appalti. La scommessa di un cambio di paradigma: dal Codice guardiano al Codice volano?*. Rimini: Maggioli, 2023].
- Macchia, M. «Il ruolo dei principi nel Codice dei contratti». Macchia, M. (a cura di), *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2024, 1 ss.
- Mannucci, G. *L'affidamento nel rapporto amministrativo*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023.
- Massera, A.; Merloni, F. «L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici». *Diritto pubblico*, 2, 2021, 587 ss.
- Mattarella, B.G. «Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione». *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*. Milano: Giuffrè, 2016, 337 ss.
- Napolitano, G. «Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali». *Giornale Diritto amministrativo*, 3, 2023, 287 ss.
- Noteboom, B. *Trust. Forms, Foundations, Functions, Failures and Figures*. Northampton: Edward Elgar Publishing, 2002.
- Perfetti, L.R. «Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio». *Urbanistica e appalti*, 1, 2023, 1 ss.
- Perfetti, L.R. (a cura di). *Codice dei contratti pubblici commentato*. Milano: Wolter Kluwers, 2023.
- Perongini, S. «Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del Codice dei contratti pubblici». Corso, G.; Immordino, M. (a cura di), *Studi in onore di Filippo Salvia = Atti de Convegno 'Quale piano per il futuro dell'urbanistica?' (Palermo, 30 novembre 2021)*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2023, 517 ss.
- Pioggia, A.; Alici, L. «Prefazione». Bianconi, A. *Fiducia. Il senso della funzione pubblica tra etica e competenza*. Rimini: Maggioli, 2019, 1 ss.
- Pirosa, R. «Le ragioni della fiducia. Notazioni su un libro controcorrente». *Nomos*, 2, 2022, 1 ss.
- Ponti, B. «Le diverse declinazioni della 'Buona amministrazione' nel PNRR». *Istituzioni del federalismo*, 2, 2022, 401 ss.
- Racca, G.M. «L'evoluzione del principio di buona fede nella trasformazione digitale dei contratti pubblici». *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2022, 201 ss.
- Racca, G.M. *La responsabilità pre-contrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*. Napoli: Jovene, 2000.
- Ramajoli, M. «I principi generali». Contessa, Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, 41 ss.
- Spagnuolo Vigorita, R. «La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici». *Federalismi*, 17, 2023, 271 ss.
- Spasiano, M.R. «Codificazione di principio e rilevanza del risultato». Contessa, Del Vecchio, *Codice dei contratti pubblici*, 49-78.
- Toricelli, S. «Buona fede e confini dell'imparzialità nel rapporto procedimentale». *P.A. Persona e Amministrazione*, 2, 2022, 29 ss.
- Ursi, R. «La 'trappola della fiducia' nel Codice dei contratti pubblici». *Bilancio comunità persona*, 1, 2024, 12 ss.
- Ursi, R. *Le stagioni dell'efficienza, I paradigmi giuridici della buona amministrazione*. Rimini: Maggioli, 2016.
- Vannucci, A. «Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione». Comperti, G.D., *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2011, 265 ss.